

Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de justice ? ⁽¹⁾

par Daniel BOULMIER, Maître de conférences,
Institut régional du travail, Université Nancy 2,
Chercheur au CERIT-CRDP

PLAN

I. – L'impérative conciliation dans l'instance prud'homale

A – La conciliation préalable, entre assouplissement et obligation

1 – L'affirmation d'une régularisation de la conciliation

2 – L'affirmation d'un impératif d'information

B – La conciliation réservée en cours d'instance

1 – La possible conciliation par les conseillers rapporteurs

2 – L'impossible conciliation par un technicien

II. – L'inexplicable médiation judiciaire, déléguée à une tierce personne, dans l'instance prud'homale

A – L'inapplicable médiation devant le bureau de jugement

B – La coupable médiation en cause d'appel

1 – La médiation renfort à l'inégalité des parties

2 – La médiation alibi du déni de justice

Conclusion

Médiateur, médiation, il est des termes qui, devenant une mode, conduisent légitimement à se demander si, *in fine*, ils peuvent avoir un intérêt là où ils apparaissent et qui y a intérêt. La République française a son médiateur (2). L'Europe a son médiateur (3). Qui, aujourd'hui, n'a pas son médiateur semble atteint de ringardise. La propagation tous azimuts de la médiation ne facilite pas sa compréhension, et les dernières intrusions dans la loi de modernisation sociale (4) du médiateur en plan social (5) ou du médiateur en harcèlement (6) ne la facilitent pas davantage (7).

-
- (1) Contribution présentée à la Faculté de droit, d'économie et de gestion d'Orléans, lors du colloque *La médiation dans tous ses états*, le 20 décembre 2001 (Dir. F. Monéger). L'ensemble des contributions sont accessibles sur le site Internet www.mediation-en-debat.org.
- (2) Créé par la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973, instituant le médiateur, *JO* du 4 janvier 1973, p. 164. V. à l'occasion du 25^{ème} anniversaire du médiateur de la République, *La médiation : quel avenir ? Actes du colloque des 5 et 6 février 1998* ; *adde*, « Voyage à l'intérieur de la médiation de la République », *La gazette*, 27 mars 2000, p. 38. Les délégués territoriaux du médiateur ont été consacrés par l'article 26 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO* du 13 avril 2000, p. 5646.
- (3) La fonction de médiateur européen a été instaurée par le traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992. V. R. Gosálbo Bono, « Maastricht et les citoyens : le médiateur européen », *RF adm. publ.*, 1992, pp. 639-649. Le premier médiateur européen a été élu par le Parlement européen en juillet 1995. V. Le médiateur européen, 1996. V. www.euro-ombudsman.eu.int/home/fr/default.htm
- (4) Après un dernier passage au Sénat, le vote solennel de ce projet de loi attendu depuis mai 2000 est enfin intervenu à l'Assemblée nationale le 19 décembre 2001 (TA n° 753). Les parlementaires de l'opposition ont saisi le Conseil constitutionnel le 20 décembre 2001, en contestation de plusieurs points de ce texte. Les députés portaient plus particulièrement leurs critiques sur le volet « anti-licenciements économiques » alors que les sénateurs portaient les leurs sur le volet « harcèlement moral ». Le Conseil constitutionnel a invalidé l'article 107 et émis des réserves sur les articles 96, 101, 108, 134, 137, 158, 159, 169, 170 et 216. V. Décision du Conseil constitutionnel n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *JO* du 18 janvier 2002, p. 1053 et Dr. Ouv. 2002 p. 59 avec les obs. de B. Mathieu et F. Saramito ; v. Loi n° 2000-73 du 17 janvier 2002, de modernisation sociale, *JO* du 18 janvier 2002, p. 1008 ; RPDS n° spéc. janvier 2002.
- (5) V. article L. 432-1-3 nouveau du Code du travail (art. 106, loi n° 2002-73 préc.). V. S. S. Lamy n° 1033, 18 juin 2001, p. 2 ; *Bref. Soc.*, 14 juin 2001, p. 1. *Adde* M. Morand, « Le médiateur dans la procédure de licenciement économique », in *La réforme du licenciement pour motif économique*, S. S. Lamy supplément au n° 1038, 23 juillet 2001, pp. 15-21. Ce texte est l'exemple type de la médiation mise en œuvre lorsque l'on ne veut pas modifier en profondeur le domaine abordé.
- (6) Le nouvel article L. 122-54 du Code du travail entend favoriser une procédure de médiation dans le cas où une personne de l'entreprise s'estimerait victime de harcèlement moral ou sexuel (v. art. 171 I, loi n° 2002-73, préc.). V. nos remarques *infra* note n° 113. Sur les médiations dans la loi de modernisation sociale, v. N. Moizard, « Un retour en grâce des médiateurs ? », *Dr. soc.* 2002, p. 325.
- (7) Il suffit de taper le mot « médiateur » dans un moteur de recherche d'Internet pour constater l'inflation du concept de médiation. Sur le moteur de recherche de Yahoo, 35300 pages Web étaient consultables début janvier 2002.

Une loi du 8 février 1995 (8) a légalisé le renvoi d'une affaire pendante devant une juridiction de l'ordre judiciaire, à une tierce personne, pour procéder soit à une conciliation judiciaire, soit à une médiation judiciaire. L'article 21 de cette loi précise en effet, que « le juge peut désigner une tierce personne [...] pour procéder, soit aux tentatives de conciliation prescrites par la loi, sauf en matière de divorce ou de séparation de corps, soit à une médiation, en tout état de la procédure et y compris en référé, pour tenter de parvenir à un accord entre les parties ». Deux voies, qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre, sont donc offertes au juge des juridictions judiciaires : la conciliation, qui était déjà régie par les articles 127 à 131 NCPC, et la médiation, qui s'est trouvée intégrée dans le nouveau Code de procédure civile aux articles 131-1 à 131-15 par un décret du 22 juillet 1996 (9).

Notre réflexion entend se préoccuper de la place de ces deux modes de règlement des conflits à l'occasion de litiges individuels de travail. Notre première partie nous conduira à faire le point sur la conciliation devant le Conseil de prud'hommes, conciliation qui, régie par des textes spécifiques, écarte l'application des articles 127 à 131 NCPC et qui, selon nous, écarte également toute possibilité de recours à la deuxième voie offerte, c'est-à-dire à la médiation (I). Considérant la généralité des textes applicables à la médiation judiciaire, déléguée à une tierce personne, et observant les tentatives insistantes de certaines Cours d'appel à recourir à une telle médiation pour les litiges individuels du travail, nous nous interrogerons dans notre deuxième partie sur le danger (10) d'amener un salarié à y prendre part (II).

I L'impérative conciliation dans l'instance prud'homale

Autrefois assimilé à une « permanence associative » (11) ou une « justice de paix d'atelier » (12), le Conseil de prud'hommes est aujourd'hui une « juridiction du travail démocratique et pleinement paritaire » (13) dont l'objet est de régler par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail. À l'époque où la procédure de conciliation était autonome de l'instance elle-même (14), le défaut de

conciliation constituait déjà une nullité d'ordre public qui viciait toute la procédure de la juridiction prud'homale (15). La jurisprudence ne manquait pas de reconnaître à la conciliation un caractère substantiel, essence même du Conseil de prud'hommes (16). Depuis 1974, la conciliation fait partie intégrante de la procédure prud'homale (17), l'article R. 516-13 du Code du travail énonce que « Le bureau de conciliation entend les parties

(8) Loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *JO* du 9 février 1995, p. 2175 ; *D.* 1995, L., p. 177 ; *JCP* 1995, éd. G, III, 67294. V. Ch. Jarrosson, « Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995 », *Rev. arb.* 1995, p. 219 ; L. Cadiet, *JCP* 1995, éd. G, I, 3846, n° 15.

Sur la genèse de cette loi v. P. Couvrat & G. Giudicelli-Delage, « Conciliation et médiation », *Jur. Class. proc. civ.*, fasc. 160, 1997, n° 69 s.

(9) Décret n° 96-652 du 22 juillet 1996, relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires, *JO* du 23 juillet 1996, p. 11125. V. R. Martin, « Quand le grain ne meurt... de conciliation en médiation », *JCP* 1996, éd. G, I, 3977.

(10) D'ailleurs, pour le Sénat, la consécration législative de la médiation apparaissait « inopportune et dangereuse », P. Couvrat & G. Giudicelli-Delage, « Conciliation et médiation », *préc.*, n° 75.

(11) L. Cadiet & S. Guinchard, « Du juste travail à la justice du travail », *Justices*, 1998, n° 8, p. VII, spéc. p. IX.

(12) J. Le Goff, *Du silence à la parole, droit du travail, société, État (1830-1985)*, Calligrammes/La Digitale, 1985, 374 p., spéc. p. 39.

(13) M. Kieffer, « La législation prud'homale de 1806 à 1907 », *Mouv. soc.*, 1987, n° 141, p. 9.

(14) Le bureau de conciliation recevait alors parfois l'appellation de « bureau particulier », M. Piquemal, *Les juridictions du travail en France*, Librairie Armand Colin, 1969, 91 p., spéc. p. 37.

(15) Cass. soc., 4 décembre 1947 : *D.* 1948, p. 86 ; Cass. soc., 31 mai 1957, *Bull. civ.* IV, n° 641

(16) Cass. soc., 17 mars 1950 : *Bull. civ.* IV, n° 267 ; Cass. soc., 21 janvier 1955, *Bull. civ.* IV, n° 62 ; Cass. soc., 7 mars 1957 : *Bull. civ.* IV, n° 271.

(17) Décret n° 74-783 du 12 septembre 1974, modifiant les dispositions réglementaires du Titre Ier du livre IV du Code du travail relatives à la procédure en matière prud'homale, *JO* du 15 septembre 1974, p. 9551. V. J. Buffet, « La nouvelle procédure prud'homale », *Dr. soc.*, 1975, p. 251-253 ; P. Couvrat, « La réforme de la procédure prud'homale », *D.* 1975, chr., p. 69-76.

en leurs explications et s'efforce de les concilier. Il est dressé procès-verbal ». Si on a pu craindre que l'intégration de la conciliation dans l'instance prud'homale corresponde « à un affaiblissement de sa spécificité » (18), il est soutenu par ailleurs que « confier la responsabilité de la conciliation à l'organe chargé de l'adjudication est un indice manifeste d'intégration à la juridiction » (19). La nouvelle place faite à la conciliation dans la procédure prud'homale n'a en rien entamé son caractère d'ordre public (20) et, à défaut d'une obligation de résultat, elle impose une obligation de moyen à la charge du juge. En vertu de l'article R. 516-0 du Code du travail, les dispositions générales précisées dans le nouveau Code de procédure civile aux articles 127 à 131 doivent s'effacer devant les dispositions spécifiques posées en matière prud'homale (21). La procédure prud'homale déroge à la règle générale et facultative de conciliation, en plaçant la conciliation prud'homale dans un préliminaire obligatoire qui ne peut être confié à une tierce personne, seul le juge peut y procéder (22). La conciliation s'impose donc théoriquement au juge prud'homal avant que l'affaire ne soit portée devant le bureau de jugement (A). En cas d'échec de cette conciliation, elle peut cependant toujours intervenir, sous le regard de ce même juge, lors d'un processus d'instruction ou d'expertise (B).

A - LA CONCILIATION PRÉALABLE, ENTRE ASSOULISSEMENT ET OBLIGATION

La conciliation prud'homale (23) est un dispositif d'ordre public dont l'impérativité se trouve quelque peu atténuée tant par l'effet de la loi que par l'effet de la

jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation (1). Cependant, lorsque le juge concilie, il doit veiller à ce que les parties agissent en connaissance de leurs droits respectifs (2).

1 - L'affirmation d'une régularisation de la conciliation

En vertu du caractère d'ordre public de la conciliation, un jugement prud'homal rendu en méconnaissance de cette obligation doit, en théorie, être frappé de nullité. Pourtant, dans un tel contexte, la nullité n'est plus la règle absolue, la Cour de cassation s'étant orientée vers une régularisation, de plus en plus large, du préliminaire de conciliation oublié. Si, après s'être saisi d'une affaire sans préliminaire de conciliation, le bureau de jugement régularise en cours de procédure cette omission et invite par la suite les parties à s'expliquer sur le fond, il ne subsiste aucun grief dès lors que la réparation est intervenue avant toute forclusion (24). Mais, davantage, la Cour de cassation pose la régularisation de la conciliation comme une obligation, même en cause d'appel. Ainsi, une Cour d'appel ne peut prononcer la nullité d'un jugement prud'homal au seul motif que le juge prud'homal n'a pas satisfait au préliminaire de conciliation. La Cour de cassation fait obligation au juge d'appel de procéder lui-même à une tentative de conciliation avant de statuer sur le fond de l'affaire (25). Au vu de cette dernière jurisprudence, il nous semble qu'un arrêt de Cour d'appel encourt la cassation pour avoir annulé un jugement prud'homal sur une disposition n'ayant pas fait l'objet d'une conciliation, peu important qu'ayant usé de son pouvoir d'évocation elle ait cependant statué sur le fond de l'affaire (26). Elle se devait de régulariser la conciliation omise.

(18) Y. Desdevises, « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile », *D.* 1981, chr., p. 241, spéc. n° 28.

(19) J. Desmarais, « Les modes alternatifs de règlement des conflits du travail », *Rev. int. dr. comp.*, 1997, p. 409, spéc. p. 413.

(20) On ne peut, sous couvert d'une conciliation conventionnelle, porter l'affaire directement devant le bureau de jugement (Cass. soc., 26 janvier 1994, n° 91-40.464, *Bull. civ. V*, n° 32). Il faut signaler qu'un grand nombre de litiges sont dispensés, par la loi, de ce préliminaire de conciliation ; sur ces exceptions v. notre étude *in Lamy prud'hommes*, n° 307-3 s.

(21) L'article R. 516-0 du Code du travail précise que : « La procédure devant les juridictions statuant en matière prud'homale, est régie par les dispositions du livre 1er du nouveau Code de procédure civil sous réserve des dispositions du présent Code ».

(22) En ce sens, L. Cadiet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation » *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, 580 p., pp. 123-147, note n° 56.

(23) V. F. Rochois, « L'audience de conciliation en matière prud'homale », *RPDS* 1991, pp. 311-327.

(24) Cass. soc., 18 novembre 1998 : n° 96-41.005, *Bull. civ. V*, n° 507, *RJS* 1/99, n° 97.

(25) Cass. soc., 12 décembre 2000 : n° 98-46.100, *Bull. civ. V*, n° 422 ; *JCP* 2001, éd. E, p. 257 & *JCP* 2001, éd. G, IV, 1275 ; *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 207, obs. R. Perrot. La Cour de cassation s'appuie ici sur l'article 121 NCPC : « Dans les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue ». Il faut préciser que, s'agissant d'une régularisation de la conciliation prud'homale, le juge d'appel doit procéder lui-même à la tentative de conciliation selon les règles de l'article R. 516-13 du Code du travail (la parité exceptée) ; il ne peut donc la déléguer à une tierce personne.

(26) CA Rennes, ch. prud'h., 26 juin 2001 : *Juris Data* n° 2001-150870. En l'espèce le Conseil de prud'hommes avait, sans conciliation préalable, statué sur une requalification de contrat à durée déterminée (litige exempté de conciliation, art. L. 122-3-13 C. trav., tout comme le sont les demandes qui sont la conséquence de cette requalification, Cass. soc., 7 avril 1998 : n° 95-43.091, *Bull. civ. V*, n° 199 ; *Dr. soc.* 1998, p. 799, note Cl. Roy-Loustanaud) et sur une demande de prime de rendement (cette demande n'étant pas une conséquence de la requalification elle n'était pas exemptée de conciliation).

De l'obligation d'un préliminaire de conciliation, disposition d'ordre public entraînant la nullité du jugement (27), la jurisprudence de la Chambre sociale est donc progressivement passée à une obligation de conciliation, toujours d'ordre public, mais dont l'omission doit être régularisée à tous les stades de l'instance. Seule la conciliation reste d'ordre public, le caractère préalable de cette conciliation ne l'étant plus.

2 – L'affirmation d'un impératif d'information

La doctrine s'est demandée s'il était « contradictoire d'inviter le juge à trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont objectivement applicables (et donc d'imposer aux plaideurs une discussion – voire une solution – juridique qu'ils n'avaient pas envisagée) et d'affirmer parallèlement qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties ? » (28). La doctrine a également mis le bureau de conciliation sur la « sellette » pour sa quasi ineffectivité en matière de conciliation (29). Le président de la Chambre sociale de la Cour de cassation avait émis le souhait que, même si les parties concilient en dehors du juge, « il serait préférable que le procès-verbal mettant fin au litige soit établi sous leur contrôle [des bureaux de conciliation] » (30).

Un arrêt récent montre clairement ce que l'on devait entendre par ce « contrôle ». La Cour de cassation précise que « le procès-verbal de conciliation ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant notamment vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs ; que si ces conditions de validité du procès-verbal de conciliation ne sont pas remplies, la juridiction prud'homale peut être valablement saisie ». En

conséquence, elle approuve une Cour d'appel d'avoir déclaré nul le procès-verbal de conciliation car, en « constatant que le salarié n'avait obtenu en contrepartie de son désistement que des sommes qui lui étaient dues », ils ont fait ressortir que « les juges conciliateurs n'avaient pas rempli leur office » (31). L'exigence de concessions réciproques n'est pas l'apanage des transactions passées en dehors du juge ; les Hauts magistrats semblent vouloir soumettre les juges du fond aux mêmes obligations que celles mises à la charge des parties au contrat de travail dans leurs accords privés post-rupture et conclus en dehors du juge. Qu'il s'agisse d'une transaction, soumise à l'enregistrement du juge ou d'une conciliation intervenue en présence du juge, sa validité implique que les droits respectifs des parties leur soient connus. Un auteur avait déjà suggéré que « c'est sans aucun doute lors de l'audience de conciliation, première prise de contact du travailleur avec les juges prud'homaux que devrait se faire l'inventaire de ses droits, voulu par la spécificité de la procédure prud'homale » (32). Voilà ce souhait réalisé par la plus Haute juridiction, « il n'est pas question que le juge quitte sa neutralité, mais il n'est pas question non plus que le juge reste taisant » (33).

B – LA CONCILIATION RÉSERVÉE EN COURS D'INSTANCE

En dehors de la conciliation obligatoire, en préalable ou en régularisation, la conciliation prud'homale reste possible tout au long de l'instance. Si elle peut être reçue par les conseillers rapporteurs (1), les techniciens ne sont pas autorisés à se saisir de ce dispositif (2).

(27) Il faut cependant préciser que le moyen tiré d'un défaut de préliminaire de conciliation ne peut être soulevé d'office par le juge (Cass. soc., 20 novembre 1968 : n° 67-40.213, *Bull. civ. V*, n° 515) et qu'une partie ne peut l'invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation (Cass. soc., 4 décembre 1947, préc. ; Cass. soc., 3 octobre 1958 : *Bull. civ. IV*, n° 994).

(28) Y. Desdevises, « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile. », préc., p. 241.

(29) Un auteur constatait, il y a déjà une quinzaine d'années, que la mission de conciliation était devenue « plus une apparence qu'une réalité » : V. Cottureau, « La conciliation prud'homale sur la sellette », in *Quatrième journées prud'homales d'Aix-en-Provence*, S. S. Lamy n° 274, 19 août 1985, pp. 94-105, spéc. p. 95. Adde, A. Suptot, « Le déclin de la conciliation prud'homale », *Dr. soc.*, 1985, p. 225. Le déclin de la conciliation ne serait-il pas, pour partie, imputable aux juges eux-mêmes qui n'emploient pas tous les outils disponibles à ce stade ?

(30) G. Gélineau-Larrivet, « Quelques réflexions sur le Conseil de prud'hommes et la procédure prud'homale » in *Le juge entre*

deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, 2000, 708 p., pp. 343-354, spéc. p. 345.

(31) Cass. soc., 28 mars 2000 : n° 97-42.419, *Bull. civ. V*, n° 135 ; S. S. Lamy n° 978, 25 avril 2000, note C. Goasguen ; *JSL* 18 mai 2000, n° 58-6, note C. Goasguen ; *Bull. inf. C. cass.*, n° 515, 1er juin 2000, n° 707 ; *RJS* 5/00, n° 565 ; *D.* 2000, J., p. 537, note J. Savatier ; *Dr. soc.*, 2000, p. 661, obs. M. Keller ; *Dr. Ouv.* 2000, p. 392, note P. Moussy. Cet arrêt est d'importance puisqu'il a eu les honneurs du rapport annuel 2000 de la Cour de cassation (*Dr. Ouv.* 2001 p. 349). Pour une application de cette jurisprudence par le juge du fond, v. CA Grenoble, 5 juin 2000 : *Bull. inf. C. cass.*, 15 janvier 2001, n° 79.

(32) P. Moussy, « À propos de l'article R. 516-0 du Code du travail (Existe-t-il une approche syndicale du procès prud'homal ?) », *Dr. Ouv.* 1998, pp. 145-154., spéc. p. 147. L'auteur avait auparavant rappelé une définition de la procédure : « La procédure n'a pour fonction que de permettre à une personne d'être en mesure de comprendre d'une façon substantielle ce qui lui arrive pour pouvoir argumenter dans son intérêt et escompter se faire entendre d'une façon efficace [...]. Si le discours est vide, parce que la personne ne comprend pas ce qu'on lui

1 - La possible conciliation par les conseillers rapporteurs

Afin de mettre l'affaire en état d'être jugée, le bureau de conciliation ou le bureau de jugement peut désigner un ou deux conseillers rapporteurs en vue de réunir sur cette affaire les éléments d'information nécessaires au Conseil de prud'hommes pour statuer (34). Cette possibilité est également ouverte à la formation de référé (35). Les conseillers rapporteurs, obligatoirement choisis parmi l'ensemble des conseillers du Conseil de prud'hommes (36), peuvent constater la conciliation des parties qui interviendrait au cours de leur mission. En effet, l'article R. 516-24 du Code du travail dispose que « si les parties se concilient, même partiellement, le conseiller rapporteur constate dans un procès-verbal la teneur de l'accord intervenu ». Ce procès-verbal a la même force et les mêmes effets que celui qui est établi devant le bureau de conciliation.

Le préliminaire de conciliation, inscrit à l'article R. 516-13 du Code du travail intervient impérativement devant une formation paritaire, or, en laissant la possibilité de désigner un seul conseiller rapporteur, le législateur permet ici une entorse à la règle paritaire prud'homale (37). Il est donc préférable de toujours désigner deux conseillers rapporteurs, et ce d'autant plus que, à n'en pas douter, la conciliation constatée par les conseillers rapporteurs ne sera valable que s'il apparaît que les parties ont été informées de leurs droits respectifs (38).

2 - L'impossible conciliation par un technicien

Le juge ne peut donner au technicien, qu'il soit constatant ou consultant, mission de concilier les parties (39). Lorsque la mission concerne un expert et qu'au cours de sa mission les parties concilient, il constate que sa mission est devenue sans objet et en fait rapport au juge (40). L'intervention de l'expert dans la conciliation fait encourir la nullité de l'acte transactionnel. Pourtant, un auteur ne pense pas « qu'il soit interdit à l'expert qui voit se dessiner la possibilité d'une conciliation d'en faciliter l'aboutissement » (41) et une Cour d'appel n'a rien trouvé à redire, dans une affaire où un expert avait soumis aux parties un protocole d'accord, dès lors que l'initiative de l'acte transactionnel demeurait la prérogative des parties (42).

Il nous semble pourtant que les assouplissements souhaités par la doctrine et admis par la jurisprudence sont contraires à l'esprit de l'article 240 NCPC précité. Dès lors que le technicien ne peut recevoir du juge mission de concilier les parties, il ne doit pas pouvoir, à quelque degré que ce soit, intervenir dans la procédure de conciliation initiée par les parties. Tout assouplissement à cette règle doit être prohibé car, en cas de litige, il sera difficile de savoir dans quelle mesure l'expert n'a pas personnellement pesé de son influence dans l'orientation de l'acte final, le déséquilibre des parties au contrat de travail subsistant devant l'expert (43) tout comme, nous allons le voir, il subsiste devant un médiateur délégué par le juge.

reproche ou parce que le juge n'est pas attentif, la procédure tombe à plat. Une institutionnalisation d'attention aux arguments qu'il est concrètement possible et utile d'émettre : voilà la définition de la procédure », M.-A. Frison-Roche, « La procédure injuste », in *De l'injuste au juste*, 1997, actes du colloque organisé les 27 et 28 janvier 1995, Dalloz « Coll. Thèmes et commentaires », 126 p., dir. M.-A. Frison-Roche & W. Baranès, pp. 77-87., spéc. p. 85 s.

(33) Remarque formulée, à propos de l'arrêt du 28 mars 2000 précité, par le président de la Chambre sociale de la Cour de cassation (*Journées Michel Despax - Le pouvoir du chef d'entreprise*, Toulouse, 19 mai 2000 ; notes prises par nos soins). Sur ce colloque, v. *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, « Coll. Thèmes et commentaires », 2002, 104 p., Dir. J. Péliissier.

(34) Art. R. 516-21 al. 1 C. trav.

(35) Art. R. 516-21 al. 2 C. trav.

(36) P. Laroque, *Deuxièmes journées prud'homales d'Aix-en-Provence*, 3 et 4 juin 1983, S. S. Lamy, suppl. au n° 174, 1^{er} août 1983, p. 76 ; v. *contra* J. Villebrun & G.-P. Quéant, *Traité de la juridiction prud'homale*, LGDJ, 1998, 3^e éd., 946 p., n° 810, pour qui les conseillers rapporteurs doivent être choisis

non seulement dans la même section mais également dans la même chambre.

(37) Par contre, si deux conseillers sont désignés la parité retrouve sa force obligatoire : art. R. 516-22 al. 2 C. trav.

(38) V. Cass. soc., 28 mars 2000, préc., dont la solution doit s'appliquer à toute conciliation.

(39) Art. 240 NCPC.

(40) Art. 281 NCPC.

(41) J. Normand, « L'expertise en matière prud'homale », in *Deuxièmes journées prud'homales d'Aix-en-Provence*, 3 et 4 juin 1983, S. S. Lamy, suppl. au n° 174, 1^{er} août 1983, pp. 62-82, spéc. p. 66.

(42) CA Aix-en-Provence, 3 février 1992 ; *Juris-Data* n° 040791.

(43) C'est pourquoi nous n'approuvons pas la proposition visant à modifier l'article 240 NCPC, pour permettre au juge d'autoriser le technicien à recevoir la conciliation des parties : v. M. Olivier, « Modifications envisagées de certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile ayant trait aux mesures d'instruction confiées à des techniciens », *Gaz. Pal.*, 27-28 février 2002, pp. 2-12, spéc. p. 8.

II

L'inexplicable médiation judiciaire, déléguée à une tierce personne, dans l'instance prud'homale

Considérant que la loi n° 95-125 du 8 février 1995 posait la médiation comme étant d'application générale, un auteur semblait attendre du décret d'application des précisions concernant les régimes spéciaux et principalement le droit social (44). Le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 précité, n'a pas apporté ces précisions attendues. Les articles 131-1 à 131-15 NCPC affirment bien l'application générale de la médiation quelles que soient les juridictions et quels que soient leurs traits de procédure particuliers. Fort de cette généralité, un autre auteur précise que le juge civil dont il s'agit, doit s'entendre de « toute juridiction de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, en première instance ou en appel, y compris le juge des référés » (45).

Il apparaît donc que la médiation peut être préconisée dans les conflits individuels de travail. Pourtant, il nous semble que la procédure spéciale applicable devant le bureau de jugement interdit de la mettre en œuvre à ce stade (A) et que, la spécificité des conflits du travail doit conduire à la rejeter en cause d'appel (B).

A – L'INAPPLICABLE MÉDIATION DEVANT LE BUREAU DE JUGEMENT

Plusieurs auteurs, se référant à la généralité des textes encadrant la médiation, avancent la possibilité de recourir à un médiateur devant le Conseil de prud'hommes. Pour l'un, « encore que sa nature paritaire peut en faire douter, il n'est donc pas exclu, en théorie, que le Conseil de prud'hommes puisse procéder à la désignation d'un médiateur pour tenter au cours de l'instance, de concilier les parties » (46). Pour l'autre, « rien ne s'oppose à ce que le Conseil de prud'hommes propose un recours à la médiation dès les premiers degrés de la procédure » (47). Mais d'autres auteurs ne semblent retenir la médiation sociale qu'au cas des

conflits collectifs et s'en tiennent à la conciliation pour les conflits individuels (48).

Selon nous, en dépit de la généralité de la loi sur la médiation, celle-ci ne peut être mise en œuvre devant le Conseil de prud'hommes. En effet, selon l'article L. 511-1 du Code du travail, « les Conseils de prud'hommes, règlent par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail [...]. Ils jugent les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti ». La conciliation dont il s'agit est celle applicable au Conseil de prud'hommes, c'est-à-dire réalisée soit à l'initiative du juge, soit à l'initiative des parties. On peut alors argumenter que ce texte est dérogoratoire au droit commun et que, pour les Conseils de prud'hommes, il n'y a d'autres voies pour le règlement des conflits que celles de la conciliation prud'homale ou du jugement prud'homal ; *exit* donc, la conciliation et la médiation judiciaire déléguées à une tierce personne (49).

Un auteur se demande « pourquoi ne pas ouvrir systématiquement aux parties, au moment où le Conseil de prud'hommes est saisi du litige les opposant, la faculté de choisir entre la comparution devant le bureau de conciliation et le recours à un médiateur choisi hors du cercle des conseillers prud'hommes ? » (50). Une telle solution, qui nécessiterait une modification de la procédure prud'homale, ne nous semble pas opportune. En effet, quel intérêt aurait-on de porter son affaire devant le juge prud'homal pour aussitôt décider que l'on ne l'évoquera pas devant lui, du moins immédiatement ? Si une partie (le salarié le plus souvent) saisit la juridiction prud'homale c'est bien parce qu'il n'a pas pu se faire entendre, auparavant, de son employeur. Dès qu'un litige apparaît, le choix est toujours possible entre conciliation des parties en dehors du juge ou introduction d'une instance prud'homale par la partie qui entend obtenir réparation. Inclure un tel choix dans la procédure au moment même où le salarié décide de faire valoir ses

(44) Ch. Jarrosson, « Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995 », *préc.*, n° 23.

(45) L. Cadiet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », *préc.*, n° 15.

(46) L. Cadiet, *op. cit.*, *loc. cit.* Dans le même sens pour une application de la médiation « en théorie » devant le Conseil de prud'hommes, v. A. Gaonac'h, « Le champ d'application de la médiation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 21 juin 1999, n° 122, p. 5, n° 5.

(47) P. Catala, « La médiation judiciaire, mode alternatif de règlement des conflits », *Gaz. Pal.*, 1999, *doctr.*, p. 1897. Dans le même sens L. Cadiet, *JCP* 1995, éd. G, *préc.*

(48) G. Flécheux & Ph. Lafarge, « La médiation », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, *préc.*, pp. 301-309, *spéc.* p. 306.

(49) Mais, en dehors du juge, les parties peuvent en cours d'instance s'organiser comme elles l'entendent pour parvenir à un règlement amiable, fut-ce en recourant à un tiers.

(50) B. Teyssié, « Sur la norme sociale. Libres propos en forme de glossaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, 1818 p., *spéc.* p. 1748 s., n° 1797, v° Médiation sociale.

droits, risquerait de peser sur sa décision de saisine du conseil et pourrait même être utilisé comme une pression pour un désistement d'instance, l'employeur percevant seulement à ce stade le risque d'une condamnation.

Si, selon nous, la question de la médiation judiciaire n'a pas à se poser devant le Conseil de prud'hommes, même si certains l'appellent de leurs vœux (51) et que des expériences tentent de s'imposer dans certains conseils de prud'hommes (52), parfois même à l'initiative du juge départiteur (53), il convient d'en appréhender les dangers lorsqu'elle intervient en cause d'appel.

B - LA COUPABLE MÉDIATION EN CAUSE D'APPEL

« Rien de ce qui est judiciaire ne peut être étranger à la médiation » (54). Sur la foi de cette affirmation, il serait inutile d'aller plus avant dans le questionnement sur la médiation judiciaire déléguée à une tierce personne en cause d'appel prud'homal. Pourtant, s'il est un domaine qui doit bien rester étranger à la médiation judiciaire déléguée à une tierce personne, c'est bien celui de l'appel prud'homal. Le « laboratoire » de référence de cette médiation est sans conteste celui de la chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble, aussi considérant le réel danger à amener un salarié à prendre part à une telle médiation (55) il devenait nécessaire, sur un sujet qui se cantonnait jusqu'alors à un monologue préjudiciable, de faire entendre une voix discordante (56). C'est donc à partir de l'expérience de cette Cour

d'appel, expérience rapportée par sa présidente dans moult écrits, que nous tenterons de montrer combien cette médiation se fait contre le salarié.

Il faut rappeler en premier lieu le caractère onéreux de la médiation judiciaire (57), le tiers médiateur n'étant pas un bénévole, alors que l'instance prud'homale est gratuite. Il apparaît donc déjà fort critiquable que, pour faire valoir ses droits, le salarié soit contraint de payer pour récupérer son dû (58). Mais la critique de la médiation en cause d'appel prud'homal va bien au-delà de cette question de coût. Laissant de côté les propos purement factuels rencontrés dans les articles faisant état de la pratique de médiation grenobloise et qu'il serait trop long de reprendre ici, nous nous en tiendrons à l'essentiel pour montrer qu'il ressort que cette pratique de médiation judiciaire dans les litiges prud'homaux n'est pas sans danger, du moins pour le salarié. D'une part, l'inégalité des parties au contrat de travail, qui a déjà du mal à s'atténuer en cours de procès prud'homal, resurgit à l'occasion de la médiation, favorisant ainsi l'employeur (1). D'autre part, la médiation semble constituer un moyen pour le juge, d'échapper à la critique d'un déni de justice, lorsque la loi qu'il doit appliquer ne lui convient pas (2).

1 - La médiation renfort à l'inégalité des parties

L'inégalité des parties au contrat de travail a bien du mal à disparaître en cours de procès prud'homal et a même tendance à se maintenir, sinon à s'aggraver, du fait des pratiques de l'institution (59). On affirme dans

(51) Cl. Cohen, « Les habits neufs de la conciliation et de la médiation, le décret du 28 décembre 1998 - ou - quand le droit rattrape le fait », *Gaz. Pal.* 1999, 2, doct., p. 1287, spéc. p. 1288.

(52) Ainsi au Conseil de prud'hommes de Grenoble, v. A. Besson, « La conciliation devant le Conseil de prud'hommes de Grenoble », *Gaz. Pal.*, 1999, 2, doct., p. 1905. Il faut certainement mettre cette expérience malheureuse sur le compte du mimétisme avec la Cour d'appel de Grenoble, dont il va être question *infra*.

(53) Outre le fait que la médiation devant le Conseil de prud'hommes nous semble irrecevable en procédure, un auteur estime une telle pratique fort discutable ; en effet, dès lors que le juge départiteur ne doit statuer que sur la question ayant fait objet du départage, on comprend difficilement qu'il puisse remettre en question la façon même de régler le litige ; v. K. Derouvroy, « La médiation entre par la fenêtre », ce numéro p. 197.

(54) P. Draï, « Libres propos sur la médiation judiciaire, in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, 531 p., pp. 123-127, spéc. p. 126.

(55) D'ailleurs, pour le Sénat, la consécration législative de la médiation apparaissait « inopportune et dangereuse », P. Couvrat et G. Giudicelli-Delage, « Conciliation et médiation », *Jur. Class. proc. civ.*, fasc. 160, 1997, n° 75.

(56) Voix discordante mais qui n'est pas isolée : en matière de droit du travail v. B. Augier, « La médiation dans les conflits

individuels. Une chance pour le patronat, un piège pour les salariés ? », *Dr. Ouv.*, 1999, p. 225 ; sur la médiation en général, voir une étude publiée très récemment, E. Serverin, « Quels lieux pour la médiation civile en Europe ? Rapport pour le Conseil de l'Europe », *Rev. nat. Barreaux*, janvier-juin 2002, pp. 9-49.

(57) Mais encore, même si cela est symbolique, le juge dans son arrêt d'homologation partage les dépens. Il ne faut pas négliger l'intérêt que peuvent avoir les cabinets et associations de tous poils à voir se développer la médiation pour la médiation. Même les avocats y trouvent leur compte puisqu'ils s'y engouffrent.

(58) Situation d'autant plus condamnable, que l'entreprise adopte parfois des stratégies d'économie d'échelle, en misant sur le faible nombre de recours contentieux ; v. D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale - À la recherche d'un procès équitable*, LGD), « Coll. Bibliothèque de droit social », 2002, 679 p., préf. S. Hennion-Moreau ; spéc. § 258 sur la qualification de la faute grave et § 719 sur l'effet de la prescription.

(59) V. D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale* préc. Nous montrons dans la première partie, comment le procès prud'homal en lui-même ne parvenait pas à rééquilibrer l'inégalité des parties au contrat de travail ; l'absence d'égalité effective des parties devant le juge, concourt donc à favoriser l'employeur défendeur.

l'expérience grenobloise « qu'il n'y a en médiation ni salarié ni employeur. Les parties s'expliquent sur un pied d'égalité » (60). Pourtant, cette affirmation se trouve aussitôt démentie dans la description qui est faite d'une affaire (61). Ainsi peut-on apprendre tout d'abord que « au début les parties ne se parlaient pas, mais à la deuxième réunion de médiation, l'employeur l'a à nouveau appelée par son prénom et la glace a été rompue » (62). La médiation a donc conduit à replacer la salariée en état de subordination et par conséquent d'infériorité. On apprend ensuite que « la salariée a compris qu'elle n'avait pas été licenciée parce qu'elle avait démerité, mais parce que l'employeur était, vraiment (63), économiquement, dans l'obligation de supprimer son poste et les parties ont trouvé un accord » (64). On ne peut qu'être surpris par tant de candeur ! Si l'on s'en tient au récit, malgré son droit de licencier pour cause vraiment économique, l'employeur a tout de même consenti une réparation ? ! La médiation serait donc source de largesse de la part de l'employeur lorsqu'il n'a rien à se reprocher. La lecture du récit doit être tout autre : la médiation a réussi à convaincre la salariée d'une fausse réalité, à la convaincre de conclure un accord alors, qu'à n'en pas douter, elle a obtenu moins que ce que le juge lui aurait consenti en retenant un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Mais plus grave, le but qui semble être effectivement recherché par la médiation judiciaire déléguée à une tierce personne, est de contourner la règle de droit et de minimiser les condamnations de l'employeur qui a violé cette règle de droit ; ce que le juge ne peut faire, la médiation pourrait le faire. Pour s'en convaincre, il est indispensable de citer encore la présidente de la

Chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble. Pour un premier exemple on peut lire que « pour avoir mal engagé un licenciement, l'employeur est obligatoirement condamné à payer plusieurs indemnités dont le législateur a fixé le minimum à un niveau trop élevé pour la plupart des PME. Ces indemnités sont prononcées sans que le juge puisse en limiter le montant, peu importe la bonne foi de l'employeur. Dans certains cas, on se demande si le salarié a gagné un procès ou le "jack-pot". Il n'est pas rare qu'une entreprise ferme par assèchement de sa trésorerie, pour avoir simplement méconnu une règle de procédure » (65), et l'auteur exalté par les vertus de la médiation en conclut que « mise en cage par les règles techniques du Code du travail, la liberté individuelle a refait son apparition » (66).

Pour un deuxième exemple, on peut encore lire, dans l'expérience grenobloise, que l'employeur « a commis une erreur en n'envoyant pas une lettre de licenciement motivée – erreur fatale : le juge doit dire que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. Certains ont comparé la lettre de licenciement à un billet gagnant à la loterie nationale. Il faut la regarder à la loupe : selon la manière dont elle est rédigée, elle peut rapporter gros » (67). Comment alors, pour l'employeur, éviter la condamnation ? Rien de plus facile pour la présidente de la Cour d'appel de Grenoble, « avec l'aide du médiateur, les parties pourront s'expliquer et le chef d'entreprise reprendra en main la gestion de son personnel » (68).

Tout est dit ! L'instance prud'homale est assimilée à un « bandit manchot » devant lequel le salarié fait fortune

(60) B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, la pratique grenobloise », *Gaz. Pal.*, 1999, doctr., 2, p. 1907, spéc. p. 1911.

(61) Pourtant il faut préciser que « la confidentialité et le secret constituent la clé de voûte de la médiation judiciaire » (C. Pluyette, « La médiation judiciaire », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, préc., pp. 463-472, spéc. p. 469). Mais comme l'a pressenti un auteur « encore que des fuites soient possibles entre médiateur et juge » (R. Martin, « Quand le grain ne meurt... de conciliation en médiation », préc., n° 15).

(62) B. Blohorn-Brenneur, « La médiation en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *D.* 2001, J., p. 251.

(63) Terme souligné par nous. Comment un magistrat peut-il poser une telle affirmation comme étant « la vérité », alors qu'en incitant à la médiation judiciaire déléguée il a refusé de se prononcer sur cette vérité ?

(64) B. Blohorn-Brenneur, *op. cit.*, loc. cit.

(65) B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire : vers un nouvel esprit des lois dans les conflits individuels du travail », *Gaz. Pal.*, 1998, doctr., 2, p. 821, spéc. p. 823.

(66) B. Blohorn-Brenneur, *op. cit. loc. cit.* Ces propos ont déjà suscités quelques critiques, v. B. Augier in « La médiation dans les conflits individuels. Une chance pour le patronat, un piège pour les salariés ? », préc., spéc. p. 226.

(67) B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, la pratique grenobloise », préc., p. 1910.

(68) B. Blohorn-Brenneur, *op. cit.*, loc. cit.

(69) On craint de retrouver dans l'affirmation d'une telle relation de cause à effet, l'esprit qui souffle dans les conclusions des rapports de l'IFRAP (institut (*sic*) français de recherche de l'administration publique - www.ifrap.org) structure qui n'est pas un institut de recherche reconnue, mais une simple association de droit privé. Cette association qui s'attaque, entre autre, aux règles protectrices du Code du travail, n'en a pas moins ses fidèles relais tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat (sur les cinq dernières années, un député est à l'origine de 65 % des questions s'appuyant sur ces rapports et un sénateur à l'origine de 80 % de ces questions). Pour exemple sur la relation indemnités de licenciement et dépôts de bilan, v. Rép. min. à Deprez n° 05913, *JOAN Q*, 16 février 1998, p. 904 et Rép. min. à Mathieu, n° 02539, *JO Sénat Q*, 19 février 1998, p. 582. On n'ose pas imaginer qu'il y ait de tels relais dans la magistrature.

au détriment de son employeur qui est, quant à lui, conduit au dépôt de bilan (69). La médiation est donc utilisée comme remède contre ces prétendues fortunes immorales, la médiation est donc utilisée comme préservatif au pouvoir patronal. *Quid* des droits du salarié ? *Quid* de la justice tout simplement ?

Il est donc essentiel que le principe posé par l'arrêt du 28 mars 2000 dans le cadre de la conciliation, principe selon lequel le salarié doit, en cas de conciliation, obtenir en contrepartie de son désistement plus que les sommes qui lui sont dues (70), soit imposé dans le cadre d'une médiation. Il ne serait pas concevable que l'obligation d'informer les parties de leurs droits respectifs soit la règle pour une conciliation et ne le soit pas pour une médiation, médiation dont on a déjà perçu le danger pour le salarié. Cependant, informer les parties de leurs droits respectifs ne semble pas chose aisée, tant les tiers à la médiation peuvent être différents (71) et tant ce « fourre-tout de professionnels » (72) est loin d'être en pleine connaissance de l'ensemble de ces droits (73). Un salarié devrait donc être recevable à contester l'accord conclu suite à une médiation, s'il apparaît que l'accord est déséquilibré au regard de ses droits.

Lorsque la présidente de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble note qu'il « est rare que les parties demandent spontanément à recourir à la médiation » (74) et constate que « la pratique enseigne que c'est essentiellement lorsque le juge propose la

médiation à l'audience que celle-ci est acceptée par les parties » (75) ou, dans le même esprit, que « l'expérience montre que les parties acceptent d'aller en médiation lorsque la proposition est faite par le juge à l'audience » (76), cela dénote à l'évidence une méconnaissance du mécanisme qui est ainsi actionné par le juge (77). En vérité, la médiation est acceptée lorsque le juge la propose, non parce qu'une planche de salut est offerte, mais parce que l'autorité et le pouvoir du juge ressentis par le salarié demandeur à l'instance, lui font craindre, en cas de refus de l'offre, des conséquences directes sur la solution qui sera *in fine* donnée à son litige (78). Ainsi, la médiation proposée par le juge ne laisse pas place au libre choix du salarié demandeur (79) et le met, en outre, en position de faiblesse dans la médiation (80).

2 - La médiation *alibi* du déni de justice

La médiation apparaît également comme le moyen d'éviter l'application de la règle de droit qui s'impose au juge. Là encore, la présidente de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble ne cache pas ce côté avantageux (pour l'employeur) de la médiation. Elle précise tout d'abord que « la médiation, c'est l'école de l'humilité pour le juge : il doit reconnaître que parfois il n'a pas toutes les données pour résoudre équitablement le litige et que le dossier qui lui est remis ne reflète peut-être pas toute la vérité » (81). Faut-il rappeler que le juge, même en matière prud'homale, n'a pas à statuer en équité (82) — sauf si un texte le prévoit

(70) V. *supra* § 8.

(71) Selon B. Blohorn-Brenneur l'équipe de médiateurs pourrait comprendre « des Magistrats honoraires, des avocats, notaires, fonctionnaires de police ou officiers de gendarmerie honoraires, des psychologues, des hommes de terrain, chefs d'entreprise ou conseils d'entreprise, personne ayant une expérience du syndicalisme salarié ou patronal, médecins, etc. », in « La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, une initiative et une expérience grenobloise », *Gaz. Pal.*, 1998, doct., 1, p. 166, spéc. p. 168.

(72) Pour reprendre l'expression de B. Augier, in « La médiation dans les conflits individuels. Une chance pour le patronat, un piège pour les salariés ? », préc. p. 226. Il ne faudrait pas en arriver à confondre « la justice pour tous » avec « la justice par tous »...

(73) Il semble donc indispensable qu'il revienne au juge d'informer les parties de leurs droits avant de les entraîner dans une médiation au cours de laquelle tout est à craindre.

(74) B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, une initiative et une expérience grenobloise », préc., p. 168

(75) B. Blohorn-Brenneur, « Conciliation, amiable composition et médiations judiciaires dans les conflits du travail. La pratique grenobloise », *Rev. arb.*, 1999, p. 785, spéc. p. 798.

(76) B. Blohorn-Brenneur, « La médiation en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », préc., p. 252.

(77) À moins que cela ne montre, au contraire, une bonne connaissance du mécanisme actionné.

(78) Il en va de même en appel, lorsque le magistrat chargé d'instruire l'affaire demande aux parties si elles acceptent l'audience à juge unique ou si elles préfèrent un renvoi devant une formation collégiale (art. 645-1 NCPC).

(79) Alors que « le droit pour chaque partie de ne pas l'accepter » est présenté comme un des principes directeurs de la médiation (G. Pluyette, « La médiation judiciaire », préc., p. 470) ou encore que « il ne saurait être question de permettre au juge d'imposer la médiation : il la propose et les parties en disposent » (L. Cadet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », préc., n° 15).

(80) On peut regretter que le Conseil économique et social n'ait pas, dans sa récente réflexion, accordé une place spécifique à la médiation dans les relations individuelles de travail et préconise, sans distinction, l'évolution des nouveaux modes de règlement des conflits : v. « Médiation et conciliation de proximité ; note de présentation du projet d'avis rédigé à la demande du Premier ministre », *Notes d'Iéna*, n° 55, 10 juillet 2001.

(81) B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, la pratique grenobloise », préc., spéc. p. 1908.

(82) Ce qui n'était pas le cas lors de la création des Conseils de prud'hommes, « à la différence des tribunaux ordinaires, les prud'hommes avaient été créés pour trancher les litiges par la conciliation et non pas par l'application du droit. Par-là on pouvait se rapprocher de l'équité et essayer de faire régner la justice malgré l'iniquité des règles bourgeoises », N. Olszak, *Mouvement ouvrier et système judiciaire (1830-1950)*, thèse, 1987, Université de sciences juridiques, politiques, sociales et de technologie de Strasbourg. Faculté de droit, des sciences

expressément (83) — mais en droit (84). La Cour de cassation ne manque pas de rappeler que « l'équité n'est pas une source de droit » (85), peu important que l'équité ait voulu favoriser le salarié (86) ou l'employeur (87). Par cette jurisprudence, la Cour de cassation a rapproché règle et source de droit, s'en rapportant ainsi implicitement « aux sources formelles » (88). Pour des auteurs, « la Cour de cassation [...] en censurant les jugements prud'homaux rendus par référence à l'équité, fait rentrer les Conseils de prud'hommes dans le rang de la légalité juridictionnelle » (89). Ceci vaut tout autant pour la Cour d'appel statuant en matière prud'homale. Il faut donc condamner ce recours à la médiation pour pallier l'impossibilité du juge de statuer en équité et lui permettre ainsi de ne pas appliquer une règle qui ne le satisfait pas.

Dans une récente intervention, on est surpris d'apprendre que la chambre sociale de Grenoble s'est tournée vers la médiation « devant l'impossibilité de juger en droit de manière satisfaisante certaines affaires » (90). Qu'entend-on par juger de manière satisfaisante ? Compte tenu de ce que nous venons de rapporter, cela doit certainement s'entendre en se plaçant du côté de l'employeur. Pourtant, le juge a

toujours la possibilité de recourir à une mesure d'instruction s'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer (91). Par ailleurs, pour certains litiges qui représentent un grand nombre d'affaires dont a à connaître le juge prud'homal, lorsque la mesure d'instruction n'a pas permis de lever le doute, ce doute doit profiter au salarié (92). Quoi qu'il en soit, on ne peut être plus direct dans l'aveu d'utiliser la médiation pour échapper au déni de justice (93). Le recours à la médiation judiciaire déléguée à une tierce personne, dans un tel contexte, est inacceptable.

La présidente de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble défend encore la médiation aux motifs que sa décision ne fera pas disparaître les rancœurs ou qu'un arrêt de justice ne sera pas accepté (94). Cette motivation surprend ; il y a deux parties au litige et, généralement, l'une aura raison, l'autre pas ; les rancœurs et la non-acceptation ne vaudront généralement que pour la partie qui sera déboutée ou condamnée. La médiation apparaît donc encore ici comme une mesure qui flouerait la partie ayant raison tout en consolant la partie qui a tort, ce que ne pourrait faire un arrêt.

-
- politiques et de gestion, 961 p, spéc. p. 684. Depuis que toutes les juridictions sont soumises au Code de procédure, l'équité n'est plus de mise, Cass. soc. 23 janvier 1948, *JCP* 1948, éd. G, II, 4229, note H. G. (le reproche était alors fait à un tribunal paritaire des baux ruraux).
- Sur l'équité v. E. Agostini, « L'équité », *D.* 1978, chr., p. 7 ; Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, LGDJ « Coll. Bibliothèque de droit privé », 2000, 383 p., préf. R. Cabrillac.
- (83) Ce qui est par exemple le cas pour l'attribution des frais exposés et non compris dans les dépens, art. 700 NCPC.
- (84) « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », art. 12 al. 1 NCPC. À notre connaissance, le juge prud'homal n'est jamais sollicité pour juger en amiable compositeur, comme le permet l'alinéa 4 de l'article 12 NCPC.
- Il importe donc que le juge connaisse le droit, v. G. Wiederkehr, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, 598 p., pp. 575-586, spéc. p. 584 ; S. Guinchard, « L'avenir du juge », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, 1023 p., pp. 171-177, spéc. p. 171.
- (85) Cass. soc., 4 décembre 1996 : n° 94-40.693, *Bull. civ. V*, n° 421 ; *JCP* 1997, éd. G., II, 4064, obs. L. Cadiet n° 11 ; *D.* 1997, IR, p. 26 ; v. N. Molfessis, « L'équité n'est pas une source de droit », *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 221, n° 6.
- Sur l'exclusion du recours à l'équité par la Cour de cassation, v. Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, préc. spéc. n° 163 s. ; *Adde Droit pratique de la procédure civile*, Dalloz « Coll. Dalloz Action », 1999, dir. S. Guinchard, 1152 p., spéc. n° 2349.
- (86) Cass. soc., 19 mai 1967 : n° 66-40.494, *Bull. civ. IV*, n° 410 (le juge avait à tort accordé une indemnité partielle de préavis à un salarié en raison de sa méconnaissance de la langue française) – Cass. soc., 4 décembre 1996 : *Bull. civ. V*, n° 421 ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 221, note N. Molfessis (attribution à tort d'une majoration de 100 % pour un travail un jour férié –

-
- Cass. soc., 21 février 1980 : n° 78-40.122, *Bull. civ. V*, n° 170 ; *JCP* 1980, éd. G, IV, 176.
- (87) Cass. soc., 11 mai 1994 : n° 91-40.275 ; *D.* 1995, J., p. 626, note C. Puigelier. Pour cet auteur « il est des cas où le juge peut juger en équité mais à condition de ne pouvoir l'écrire » ; c'est donc l'application de la règle de droit qui doit ressortir de sa motivation.
- (88) N. Molfessis, « L'équité n'est pas une source de droit », préc., p. 223.
- (89) L. Cadiet & S. Guinchard, « Du juste travail à la justice du travail », préc., p. X.
- (90) B. Blohorn-Brenneur, communication faite au *Colloque Espace judiciaire et social européen*, Bruxelles, 5 et 6 novembre 2001, Présidence J. Hubin, actes à paraître aux éditions De Boeck.
- (91) Art. 144 NCPC.
- (92) Le doute profite au salarié en cas de sanction disciplinaire (art. L. 122-43 C. trav.), pour tout licenciement (art. L. 122-14-3 C. trav.) ainsi que dans les litiges liés à l'état de grossesse d'une salariée (art. L. 122-25 C. trav.). Il faut signaler que la règle du doute qui s'appliquait en matière d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes à l'article L. 140-8 du Code du travail s'est trouvée substituée par la nouvelle règle de preuve applicable en matière d'égalité professionnelle (art. L. 123-1 al. 5 C. Trav.). Dans sa nouvelle rédaction issue de l'article 6 de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 (relative à la lutte contre les discriminations, *JO* du 17 novembre 2001, p. 18311), l'article L. 140-8 du Code du travail renvoie à l'article L. 123-1 al. 5 du Code du travail précité.
- (93) Rappelons, s'il en est besoin, que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » (art. 4 C. civ.). On voit que le Code civil n'a même pas envisagé qu'un juge puisse refuser de juger par désaccord avec la loi...
- (94) B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, la pratique grenobloise », préc., p. 1908.

Il faut rappeler que « la fonction de juger constitue la mission première du juge » (95). On peut, par ailleurs, admettre que « concilier est une des missions du juge, mais concilier n'est pas une démission du juge » (96), pourtant si l'on s'en tient aux descriptions de l'expérience grenobloise ci-dessus rapportées, il n'en va pas de même avec la médiation judiciaire déléguée à une tierce personne. Ce type de médiation peut couvrir une démission du juge, peut se révéler (97) comme un moyen de ne pas appliquer la loi lorsqu'il est en désaccord avec elle ; la médiation devient alors l'alibi du déni de justice (98). Nous voyons que la médiation de la Cour d'appel de Grenoble ne s'embarrasse pas de masque et dévoile son objectif : contrarier les règles protectrices en matière de rupture de contrat de travail, pour en rendre le coût moins douloureux à l'entreprise. Peu importe la douleur du salarié.

CONCLUSION

L'accélération des procédures, « à quoi s'attachent, depuis plusieurs années, l'institutionnalisation et le développement des modes alternatifs de règlement des conflits » (99), ne peut suffire à justifier le recours à la médiation en matière prud'homale. La médiation judiciaire déléguée à une tierce personne pour le règlement des conflits individuels du travail, se positionne comme un substitut à la justice, un peu comme le fait la déontologie qui substitue à la règle étatique une règle d'origine privée (100).

Pour, en cause d'appel prud'homal, renouer le dialogue entre les parties en préservant leur égalité, seule garante d'un procès équitable, il faut alors écarter

la médiation judiciaire déléguée à une tierce personne dont nous venons de montrer les défauts, et renouer avec l'esprit prud'homal de conciliation qui implique le juge dans la démarche. C'est cette voie qu'a décidé de suivre la Cour d'appel d'Orléans depuis 2000 (101). Cette Cour d'appel programme, une fois par mois, une audience de conciliation d'une dizaine de dossiers qui, pour la plupart, appelleraient une expertise (102). La Cour tente de créer, par cette procédure, une prise de conscience des parties. Sur environ une centaine d'affaires soumises à une conciliation en cause d'appel en l'an 2000, la conciliation a abouti pour vingt-six affaires. Au premier semestre 2001, ce sont vingt-deux affaires qui ont été conciliées en suivant la même procédure. Pour le président de la Chambre sociale de la Cour d'appel d'Orléans, cette pratique conciliatrice aurait un effet transactionnel induit. Par ailleurs, il estime que la pratique de la Cour peut avoir un effet incitateur sur celle des Conseils de prud'hommes. Mais, après les critiques que nous venons de formuler à l'égard de la pratique grenobloise de médiation, l'argument qui nous semble le plus important dans cette démarche de conciliation est que, selon les termes même du président de la Chambre sociale de la Cour d'appel d'Orléans, « l'institution reste ainsi maître de ses procédures » (103).

Si renouer avec la conciliation en cause d'appel est une démarche intéressante, il faut certainement se préoccuper également de ce qui se passe en première instance devant le Conseil de prud'hommes. Un auteur, rejetant à juste raison la médiation dans les relations individuelles de travail, préconise pour désengorger les Chambres sociales de Cour d'appel, plutôt que de

(95) G. Pluyette, « La médiation judiciaire », préc. p. 472.

(96) Ch. Jarrosson, « Présentation générale de la conciliation. Définition, historique, objectifs », in *Les conciliateurs de justice, la conciliation, mode pratique de résolution des conflits*, Colloque du 18 juin 1998, *Gaz. Pal.*, 6 octobre 1998, n° 277-279, p. 11, n° 12.

(97) Et se révèle, au cas de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble.

(98) Ce constat auquel nous sommes arrivés se trouve conforté par un auteur rendant compte de sa recherche récente. Cet auteur écrit à propos de la médiation « un juge peut également être amené à user de la médiation pour éviter d'avoir à rendre un jugement. [...] À la limite, la médiation peut constituer une forme subtile de déni de justice, dérive que le développement d'un important marché de la médiation, comme en Grande-Bretagne ne peut que renforcer », E. Serverin, « Quels lieux pour la médiation civile en Europe ? », Rapport pour le Conseil de l'Europe », préc., spéc. p. 37.

(99) J. Normand, « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, préc., pp. 427-438, spéc. p. 434.

(100) V. F. Osman, « Avis, directives, codes de bonnes conduites, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *Rev. trim. dr. civ.*, juillet-septembre, 1995, p. 509, spéc. p. 524. Dans l'entreprise,

une règle de déontologie peut même s'appliquer en passant outre les obligations d'information et de consultation du comité d'entreprise qui sont pourtant la règle, CE 11 juin 1999, n° 195706 ; D. 2000, Somm., p. 88, obs. C. Giraudet ; *RJS* 8-9/99, n° 1093 & p. 631, concl. M. Bachelier (spéc. II, A, pp. 637-638) ; M. Véricel, « l'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ? », *Dr. soc.*, 2000, p. 1059. Adde, D. Berra, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, 2001, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 552 p., pp. 123-139, spéc. p. 132.

(101) Nous rapportons l'expérience telle qu'elle nous a été expliquée par M. Chollet, président de la Chambre sociale de la Cour d'appel d'Orléans. Nous tenons ici à le remercier pour le temps qu'il nous a consacré.

(102) Expertises dont les moins chères s'élevaient entre 2300 et 6000 € (environ 15.000 et 40.000 francs).

(103) La tentative de conciliation en cause d'appel, lorsque la conciliation prud'homale a été régulière, ne se trouve plus soumise aux règles de l'article R. 516-13 du Code du travail précité, mais aux règles générales de la procédure civile. La Cour d'appel d'Orléans écarte l'application des articles 127 à 131 NCPC qui lui permettrait de confier la conciliation à une tierce personne et privilégie l'article 21 NCPC : « il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

recourir à la médiation, d'appliquer une recommandation du rapport Coulon consistant à ordonner l'exécution immédiate des jugements de première instance pour lutter contre les recours dilatoires (104). Cette mesure qui est à retenir, et qui retient d'ailleurs l'attention de la Garde des sceaux (105), ne doit pas empêcher de peser dans le même temps pour un renforcement de la pratique prud'homale.

Il faut, tout d'abord, généraliser la comparution personnelle dès la phase de conciliation et ne pas se satisfaire des conciliations avec le seul avocat qui dispose rarement d'une marge de manœuvre pour concilier, quand ce n'est pas un « avocat de service » n'ayant aucune connaissance du dossier. Même si certains conseillers prud'homaux admettent que la non-comparution est un des facteurs d'échec de la conciliation (106), peu de formations de conciliation recherchent l'intérêt légitime motivant l'absence des parties (107). Il faut ensuite que le bureau de conciliation use, plus qu'il ne le fait, des mesures juridictionnelles contenues à l'article R. 516-18 du Code du travail. Cet article important, indique avec clarté que le bureau de conciliation peut ordonner un certain nombre de

mesures, nonobstant toute exception de procédure et même si le défendeur ne se présente pas (108).

Puisque « le droit interne d'agir en justice constitue un droit fondamental protégé par le Conseil constitutionnel » (109) et que l'accès à la justice « c'est l'accès à un exercice nouveau de la citoyenneté » (110) mais également le droit de « pousser la porte de l'État de droit » (111), le recours à la médiation judiciaire déléguée à une tierce personne dans les litiges individuels du travail qui se trouvent engagés devant une juridiction, doit être une alternative laissée à la libre initiative des parties, sans aucune pression extérieure, ni du juge (112), ni du législateur (113) et encore moins des partenaires sociaux par l'entremise des conventions collectives (114). À défaut d'une telle liberté laissée au salarié, il y a tout lieu de craindre, si l'on tolère un développement inconsidéré d'une incitation à entrer dans une médiation non désirée, qu'il ne se voit à terme confisquer son droit d'agir en justice (115), et on ne peut sérieusement accepter d'y voir substituer une justice de macaques (116) !

Daniel Boulmier

-
- (104) B. Augier, « La médiation dans les conflits individuels. Une chance pour le patronat, un piège pour les salariés ? », préc. p. 227. Sur le rapport Coulon, v. J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997, 169 p., spéc. p. 108. Adde Interview du même auteur, « La justice en procès », D. 2002, p. 493, spéc. p. 494.
- (105) À l'occasion des entretiens de Vendôme (19 décembre 2001), la Garde des Sceaux a annoncé sa volonté d'améliorer, dès le premier trimestre 2002, la mise à exécution des jugements et de restreindre la possibilité d'appels dilatoires (v. *Le Monde* des 18 et 20 décembre 2001).
- (106) A. Besson, « La conciliation devant le Conseil de prud'hommes de Grenoble », préc., p. 1904. Néanmoins ce conseil, plutôt que renforcer ses pratiques de conciliation, s'oriente vers la médiation judiciaire déléguée à une tierce personne.
- (107) V. D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale* préc., spéc. § 207 s.
- (108) V. D. Boulmier, *op. cit.*, spéc. § 180 s.
- (109) J. Vincent & S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz « Coll. Précis », 1999, 1156 p., n° 52. Ces auteurs indiquent également que ce droit est reconnu « par les deux grandes Cours européennes de Strasbourg et de Luxembourg », qu'il est aussi reconnu « comme une norme de référence par les Nations unies », mais font observer « qu'aucune disposition constitutionnelle ne fonde directement ce droit à un recours juridictionnel ».
- (110) J.-M. Coulon & T. Grumbach, « L'égalité devant la justice », *Justices*, 1999, n° 1, p. 83.
- (111) A. Supiot, Colloque AFDT du 2 février 1990, « Le droit du travail : un droit à part ? », *Liaisons soc.*, 19 décembre 1990, doc. R n° 738, p. 4.
- (112) Alors qu'il n'y aurait rien à redire pour une médiation faite par le juge dans un esprit de dialogue, v. S. Guinchard, « L'avenir du juge », préc., p. 176.
- (113) Par exemple, en matière de harcèlement, dans le même temps où le législateur facilite la preuve pour le salarié victime (art. L. 122-52 al. 1 nouveau C. trav. introduit par l'article 169 I de la loi de modernisation sociale ; la règle de preuve doit

cependant être interprétée à la lumière des strictes réserves émises par le Conseil constitutionnel, au paragraphe 89 de sa décision n° 2001/455 préc.) et généralise la sanction pénale (art. L. 152-1-1 C. trav. ; art. 222-33-2 C. pén.), il incite à la médiation (art. L. 122-54 C. trav., préc. *supra* note n° 6). Il y a là une contradiction flagrante entre une mesure permettant d'accéder plus facilement à la vérité et une procédure qui vise à restreindre les actions en justice et donc de ne pas atteindre cette vérité (ce qui a également pour effet de restreindre les condamnations des employeurs tant au civil qu'au pénal). Il y a encore une autre contradiction avec le souhait exprimé par la Garde des Sceaux, en conclusion des entretiens de Vendôme précités, qui est de vouloir d'une part rendre la justice plus accessible, et d'inciter d'autre part à une médiation déléguée que l'on peut comparer à une justice privée.

- (114) En intégrant des dispositifs de médiation pour les salariés, les partenaires sociaux restreignent leur liberté fondamentale du droit d'accès au juge ; v. la convention collective des industries métallurgiques, électriques, électroniques et connexes de l'Isère du 6 novembre 2001, *Bref soc.*, 12 novembre 2001, p. 1.
- (115) À la difficulté d'agir en justice en cours de relation contractuelle (v. A. Supiot, « La protection du droit d'agir en justice », *Dr. soc.* 1985, p. 774 ; D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale*, préc., spéc. § 707) vient donc s'ajouter une difficulté à poursuivre l'instance, que le salarié soit ou non dans le lien contractuel.
- V. E. Serverin, « Quels lieux pour la médiation civile en Europe ? », Rapport pour le Conseil de l'Europe », préc., pour qui « on ne peut en effet oublier que l'État doit avant tout à ses citoyens la garantie de leurs droits. On ne peut non plus oublier que le conflit s'alimente des droits qui en forment la matière », spéc. p. 46.
- (116) V. B. Blohorn-Brenneur, qui semble conquise par le comportement médiateur des macaques, au point d'espérer que « ce que les macaques sont capables de faire, puisse l'homme y accéder un jour ! Alors, l'humanité aura fait un grand pas et même, un bond de singe et la Justice en sortira grandie » ! ? ? ? : Propos tenus lors d'un colloque à Marseille le 30 janvier 2001 ; ce texte qui, puisque nous sommes chez les primates, vaut son pesant de cacahuètes, est accessible à l'adresse Internet <http://www.mediationsociale.com/>.